



## **Newsletter-Recht**

### **In dieser Ausgabe**

<b>Arbeitsrecht</b> .....	<b>2</b>
Zugang einer Kündigung muss nachgewiesen werden.....	2
Unwirksamkeit einer mündlichen Arbeitnehmereigenkündigung.....	2
Sachgrundlose Befristung und Vorbeschäftigungsverbot .....	3
<b>Datenschutz</b> .....	<b>3</b>
WhatsApp-Nutzer für Datenweitergabe verantwortlich .....	3
Facebook verletzt Datenschutz .....	4
<b>Gesellschaftsrecht</b> .....	<b>4</b>
Festgestellten Jahresabschluss 2016 veröffentlichen!.....	4
OLG Düsseldorf zur Irreführung einer Firma .....	5
Wechsel der UG (haftungsbeschränkt) in eine GmbH .....	5
Wiedereintragung einer wegen Vermögenslosigkeit gelöschten Gesellschaft .....	5
<b>Wettbewerbsrecht</b> .....	<b>6</b>
Telefon-, Fax-, E-Mail-und Brief-Werbung .....	6
<b>Gewerblicher Rechtsschutz</b> .....	<b>8</b>
Beschränkter Markenschutz geometrischer Zeichen auf Kleidungsstücken.....	8
<b>Onlinerecht</b> .....	<b>8</b>
Versandhandel aufgepasst: Keine Zahlungsaufschläge mehr ab 13.01.2018.....	8
Verkäuferbewertung nach Ebay Transaktion .....	9
BGH: Testkauf im Internet.....	10
<b>Steuern</b> .....	<b>10</b>
Buchhalter darf keine Umsatzsteuervoranmeldungen erstellen .....	10
E-Rechnung im öffentlichen Auftragswesen .....	10
Kassen-Nachschau .....	11
Fingierte nicht abzugsfähige Betriebsausgaben setzen Gewinnermittlung voraus.....	11
<b>Wirtschaftsrecht</b> .....	<b>12</b>
BGH: Immobilienmakler müssen Kenndaten aus Energieausweis in Anzeigen angeben ....	12
WLAN-Haftung neu geregelt .....	13
<b>Veranstaltungen</b> .....	<b>14</b>
„Krankheit und Krankheitsbedingte Kündigung“ .....	14
„Das neue Bauvertragsrecht“ .....	14

### Zugang einer Kündigung muss nachgewiesen werden

Macht ein Arbeitgeber geltend, eine Kündigung erklärt zu haben, muss er im Zweifelsfall den Zugang dieser Kündigung beweisen. Kann der Kündigende den erforderlichen Nachweis nicht zweifelsfrei erbringen, geht dies zu seinen Lasten. Das hat das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz im Fall einer in einem Restaurant beschäftigten Thekenkraft entschieden. Der Arbeitgeber machte geltend, eine schriftliche Kündigung sei von einem Boten persönlich an einem bestimmten Tag in den Briefkasten eingeworfen worden. Die Ehefrau des Arbeitnehmers bekundete, sie habe täglich den Briefkasten geleert und dort keine Kündigung vorgefunden. In seiner Begründung weist das Gericht darauf hin, dass für den Zugang der Kündigung nach allgemeinen Grundsätzen der Beweislast der Kündigende darlegungs- und beweispflichtig sei. Nach der gerichtlichen Beweisaufnahme stehe letztlich Aussage gegen Aussage, ohne dass einer Seite zwingend im Sinne positiver richterlicher Überzeugung der Vorzug gegeben werden könne. Weitere Beweismittel oder Indizien seien nicht ersichtlich. Das Gericht sei daher nicht zweifelsfrei vom Zugang der Kündigung überzeugt. Der Arbeitgeber habe daher den ihm obliegenden Beweis nicht geführt. Die Kündigung sei deshalb nicht wirksam, das Arbeitsverhältnis sei nicht beendet worden.

Urteil LAG Rheinland-Pfalz vom 19.04.2017 - 5 Sa 257/16

**Praxistipp:** Die Wirksamkeit einer Kündigung hängt vor allem davon ab, dass sie als eine einseitige Willenserklärung dem Arbeitnehmer zugeht. Erst mit dem Zugang der Kündigungserklärung beginnt auch die Kündigungsfrist zu laufen. Unproblematisch ist der Zugang unter Anwesenden, denn bereits mit Übergabe der schriftlichen Erklärung gilt die Kündigung als zugegangen. Typischerweise wird jedoch die Kündigung unter Abwesenden per Post versandt. Was es hierbei alles zu beachten gibt erklärt unser Infoblatt → **A03** „Beendigung des Arbeitsverhältnisses - Kündigung, Aufhebungsvertrag, Fristablauf“, **Kennzahl 890** unter [www.saarland.ihk.de](http://www.saarland.ihk.de).

### Unwirksamkeit einer mündlichen Arbeitnehmereigenkündigung

Erklärt ein Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber mündlich seine Kündigung, ist diese mangels Einhaltung des Schriftformerfordernisses unwirksam. Nur in besonderen Ausnahmefällen kann die Berufung auf die fehlende Schriftform treuwidrig sein.

Das hat das Landesarbeitsgericht Hamm im Fall eines Kraftfahrers in einem Unternehmen entschieden, der mündlich seine Kündigung erklärt hatte. Der Arbeitgeber bestätigte mit einem Schreiben gegenüber dem Arbeitnehmer die Kündigung, um das Arbeitsverhältnis zu beenden. Der Arbeitnehmer verlangte die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. In seiner Begründung weist das Gericht darauf hin, dass eine Kündigung, die dem Schriftformerfordernis (vgl. § 623 BGB) nicht entspreche, nichtig sei. Es sei nicht treuwidrig, wenn sich ein Arbeitnehmer auf die fehlende Schriftform berufe. Nur ausnahmsweise könne die Berufung auf den Formmangel unzulässig sein, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoße. Das setze voraus, dass der Erklärende seinen Willen mit ganz besonderer Verbindlichkeit und Endgültigkeit mehrfach zum Ausdruck gebracht und damit einen besonde-

ren Vertrauenstatbestand geschaffen habe. Dafür lägen vorliegend keine Anhaltspunkte vor.

Das Schriftformerfordernis bezwecke größtmögliche Rechtssicherheit und den Schutz vor Übereilung und entfalte damit eine Warnfunktion. Zudem sei vorliegend nicht ersichtlich, dass die Berufung auf die Formunwirksamkeit für den Arbeitgeber nicht nur hart, sondern schlechthin untragbar sei. Die Kündigung sei daher nichtig und unwirksam.

Urteil des LAG Hamm vom 28.04.2017 - 1 Sa 1524/16

**Praxistipp:** Das gleiche gilt auch im umgekehrten Fall. Will der Arbeitgeber kündigen, muss dies schriftlich erfolgen. Eine mündlich ausgesprochene Kündigung ist unwirksam und beendet das Arbeitsverhältnis nicht.

### **Sachgrundlose Befristung und Vorbeschäftigungsverbot**

Ein Arbeitgeber muss bei der Vereinbarung einer befristeten Beschäftigung mit sachgrundloser Befristung das Vorbeschäftigungsverbot beachten (vgl. § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG). Eine Befristung ist danach unzulässig, wenn mit demselben Arbeitnehmer zuvor bereits ein Beschäftigungsverhältnis bestanden hat. Dieses Vorbeschäftigungsverbot ist nicht auf Arbeitsverhältnisse beschränkt, die weniger als drei Jahre zurückliegen.

Das hat das Landesarbeitsgericht Hessen im Fall einer Arbeitsvermittlerin bei der Bundesagentur für Arbeit entschieden, die in den Jahren 2005 bis 2008 bereits bei der Arbeitsagentur beschäftigt war und mit der 2014 erneut eine Beschäftigung mit sachgrundloser Befristung vereinbart wurde. In seiner Begründung weist das Gericht darauf hin, dass die gesetzliche Regelung ein zeitlich unbeschränktes Vorbeschäftigungsverbot enthalte. Der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach das Vorbeschäftigungsverbot nur frühere Arbeitsverhältnisse betreffe, die nicht länger als drei Jahre zurücklägen, sei nicht zu folgen. Die Auslegung des Gesetzes nach Wortlaut, Regelungssystematik, Entstehungsgeschichte und Normzweck spreche für ein unbeschränktes Vorbeschäftigungsverbot. Diese Auslegung sei auch verfassungskonform. Die Befristung sei daher unwirksam und ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis zustande gekommen. Wegen unterschiedlicher Bewertung durch verschiedene Gerichte wurde die Revision zugelassen.

Urteil des LAG Hessen vom 11.07.2017 - 8 Sa 1578/16

**Praxistipp:** Mehr dazu in unserem Infoblatt → **A05** „Teilzeit und befristete Arbeitsverträge“ unter der **Kennzahl 67** unter [www.saarland.ihk.de](http://www.saarland.ihk.de).

## **Datenschutz**

### **WhatsApp-Nutzer für Datenweitergabe verantwortlich**

Gestattet der Nutzer eines Social-Media-Dienstes diesem, personenbezogene Daten von Dritten aus dem eigenen Gerät auszulesen, liegt ein Datenschutzverstoß vor. Dies hat das Amtsgericht Bad Hersfeld am 15.05.2017 entschieden. In dem zugrunde liegenden Fall ging es um die Nutzung des Dienstes „WhatsApp“. Da die Nutzungsbedingungen von WhatsApp dem Dienstanbieter gestatten, Daten des

Nutzers aus seinem Mobilgerät, z. B. Namen und Nummern aus dem Telefonbuch, auszulesen, ist der Nutzer für diese Datenweitergabe verantwortlich. Er muss also sicherstellen, dass die notwendigen Einwilligungen dieser Personen vorliegen. Werden die Daten ohne diese Einwilligungen an WhatsApp übermittelt, ist der WhatsApp-Nutzer für diesen Datenverstoß verantwortlich

AG Bad Hersfeld, Urteil vom 15.05.2017 - F 120/17

### **Facebook verletzt Datenschutz**

Facebook hat nach einem Urteil des Kammergerichtes Berlin (KG) vom 22.09.2017 mit der Weitergabe von Daten gegen deutsches Datenschutzrecht verstoßen. Die Berliner Richter sind der Auffassung, dass die Nutzer des App-Zentrums von Facebook, in dem auch Computerspiele von Drittanbietern angeboten werden, nicht ausreichend über die Datennutzung und die Weitergabe der persönlichen Daten informiert worden sind. Eine Generaleinwilligung in die Datenweitergabe ist danach nicht zulässig. Das Kammergericht ist auch der Auffassung, dass deutsches Datenschutzrecht anwendbar ist, da sich das Angebot an deutsche Nutzer richtet und von Facebook in Hamburg eine Schwestergesellschaft gegründet worden ist.

### **Praxistipp: Videoüberwachung: Wann ist sie zulässig?**

Das Thema Videoüberwachung war bislang im Bundesdatenschutz geregelt. In der ab Mai in Kraft tretenden Datenschutz-Grundverordnung gibt es keine spezifische Regelung mehr. Dennoch gibt es Anforderungen, da der deutsche Gesetzgeber von der Öffnungsklausel in der EU-DS-GVO Gebrauch macht, und eigene deutsche Regelungen zur Videoüberwachung geschaffen hat. Details zur Videoüberwachung enthält unser **aktueller Newsletter Datenschutz**, der unter der **Kennzahl 71** abonniert und gelesen werden kann.

Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig, da wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Falls die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen wurde (Az.: 5 U 155/14).

## **Gesellschaftsrecht**

### **Festgestellten Jahresabschluss 2016 veröffentlichen!**

Endet das Geschäftsjahr Ihres Unternehmens - wie bei den meisten Betrieben - zum 31.12., läuft am 31.12.2017 die Frist zur Offenlegung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2016 ab.

Insbesondere Kapitalgesellschaften (GmbHs, UGs (haftungsbeschränkt) sowie AGs) und Personenhandelsgesellschaften, die keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter haben (z. B. GmbH & Co. KG), sowie Banken, Versicherungsunternehmen und Energieversorgungsunternehmen müssen ihre Jahresabschlüsse regelmäßig offenlegen. Für Kleinunternehmen gibt es bei der Aufstellung und Offenlegung des Jahresabschlusses Erleichterungen. Für sie genügt die bloße Hinterlegung beim Bundesanzeiger. Begünstigt sind solche Unternehmen, die zumindest zwei der drei folgenden Schwellenwerte über zwei aufeinanderfolgende Geschäftsjahre nicht überschreiten: 350.000 Euro Bilanzsumme, 700.000 Euro Umsatzerlöse, 10 Arbeitnehmer/innen.

Börsennotierte Kapitalgesellschaften haben kürzere Veröffentlichungsfristen.

**Aber Achtung:** Die Jahresabschlüsse müssen festgestellt oder gebilligt sein! Die Möglichkeit, den Jahresabschluss vor der Feststellung und Billigung fristwährend einzureichen, ist durch eine Gesetzesänderung entfallen.

[Weitere Informationen erhalten Sie beim Bundesamt für Justiz.](#)

### **OLG Düsseldorf zur Irreführung einer Firma**

Das OLG Düsseldorf hat mit Beschluss vom 11.01.2017 entschieden, dass die Verwendung eines Namens in der Firma eines über das Internet handelnden Autohauses (GmbH & Co. KG) zur Irreführung nach § 18 Abs. 2 HGB nicht geeignet ist, solange eine dadurch signalisierte personelle Beteiligung aufgrund mangelnder Bekanntheit der Person kein Vertrauen bei den maßgeblichen Verkehrskreisen erwecken kann.

Der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 11.01.2017, Az. I-3 Wx 81/16, ist u. a. über die Rechtsprechungsdatenbank NRW abrufbar:

[https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2017/I\\_3\\_Wx\\_81\\_16\\_Beschluss\\_20170111.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2017/I_3_Wx_81_16_Beschluss_20170111.html)

### **Wechsel der UG (haftungsbeschränkt) in eine GmbH**

Die UG (haftungsbeschränkt) kann in die Rechtsform einer GmbH wechseln, indem sie ihr Stammkapital auf mindestens 25.000 Euro erhöht. Dabei müssen dann insgesamt mindestens 12.500 Euro an Bareinzahlungen vorhanden sein. In diesem Zusammenhang muss der Geschäftsführer gegenüber dem Registergericht versichern, dass die Einzahlungen auf die neuen Geschäftsanteile erfolgt sind. Es muss jedoch keine Erklärung dazu abgeben, ob das ursprünglich bei Gründung der UG (haftungsbeschränkt) eingezahlte Kapital noch vorhanden ist. Dies hat das Oberlandesgericht Celle mit Beschluss vom 17.07.2017 festgestellt.

OLG Celle, Beschluss vom 17.07.2017 - 9 W 70/17

Quelle: Betriebs-Berater 2017, S. 2050

### **Wiedereintragung einer wegen Vermögenslosigkeit gelöschten Gesellschaft**

Die Amtslöschung einer Gesellschaft aufgrund von Vermögenslosigkeit im Handelsregister kann grundsätzlich nachträglich nicht mehr beseitigt werden. Dieses Grundprinzip hat das Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG) mit Beschluss vom 01.03.2016 bestätigt. Die Aufhebung der bereits vollzogenen Löschung kommt nur bei Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften in Betracht, z. B. wenn die Löschanmeldung den Beteiligten nicht bekannt gegeben worden ist. Die Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften liegt dagegen nicht vor, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die Gesellschaft doch noch über Vermögen verfügt. In diesem Fall muss eine Liquidation durch vom Gericht bestellte Liquidatoren erfolgen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.03.2016 - I-3 Wx 191/15

### Telefon-, Fax-, E-Mail- und Brief-Werbung

Unternehmen nutzen immer mehr die Möglichkeit, mittels Brief, Telefon, Telefax und E-Mail geschäftliche Verbindungen herzustellen und zu pflegen. Die meisten wissen dabei aber nicht, welche rechtlichen Regelungen zu beachten sind. Neben den wettbewerbsrechtlichen Regelungen spielt auch der Datenschutz eine große Rolle.

### Briefwerbung

Persönlich adressierte Briefwerbung darf aus Datenschutzgründen grundsätzlich nur mit vorheriger Einwilligung erfolgen. Liegt eine Einwilligung nicht vor, ist die Werbung per Brief zulässig, wenn sog. Listendaten verwendet werden. Zu den Listendaten gehören: die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe, die Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, der Name, der Titel, akademischer Grad, die Anschrift und das Geburtsjahr. Nicht dazu gehört die Telefonnummer oder die E-Mail-Adresse.

Die Listendaten müssen rechtmäßig erworben worden sein, d.h. sie müssen aus allgemein zugänglichen Verzeichnis-Quellen wie etwa Adressbüchern, Branchen- oder etwa auch das Handelsregister stammen. Nicht darunter fallen beispielsweise das Impressum oder Zeitungsanzeigen. Alternativ können die Adressen auch im Wege des Adresshandels rechtmäßig erworben werden.

Die Daten von Bestandskunden können im Übrigen für die Begründung, Durchführung oder Beendigung der vertraglichen Beziehungen genutzt werden, wenn die Daten bei der Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder bei Vertragsschluss erhoben wurden. Die Nutzung ist jedoch nicht zeitlich unbegrenzt möglich. Im Allgemeinen kann für die Aktivierung der Geschäftskontakte zu den Kunden eine Regelfrist von bis zu zwei Jahren angenommen werden.

Die Daten dürfen auch genutzt werden für

- Berufsbezogene Werbung, sofern die Werbebriefe an die berufliche Anschrift (Geschäftsadresse) gesendet werden.
- Spendenwerbung für steuerbegünstigte Spenden
- Werbung für Angebote Dritter, wenn die für die Werbung verantwortliche Stelle eindeutig erkennbar ist,
- Adresshandel, sofern die Lieferkette dokumentiert wird und die Stelle, die die ursprünglichen Listendaten (erstmalig) zusammengestellt hat, eindeutig hervorgeht.

Wettbewerbsrechtlich sind Werbesendungen in Form von Werbebriefen, Flugblättern, Handzetteln und Prospekten grundsätzlich zulässig. Denn: Der Empfänger erkennt meist schon an der äußeren Form und kann ohne Lesen des Textes die Werbung sofort wegwerfen. Die Werbung wird wettbewerbsrechtlich unzulässig, wenn der Betroffene die Werbung erkennbar nicht wünscht (z. B. Aufkleber auf Briefkasten) oder der Ansprache per Werbung widersprochen hat (z. B. Robinson-Liste). Die Briefwerbung muss als solche erkennbar sein. Der Werbecharakter darf nicht verschleiert werden.

## **E-Mail-Werbung**

Die Werbung per E-Mail bedarf grundsätzlich der vorherigen ausdrücklichen Einwilligung. Eine Einwilligung ist nur dann nicht nötig, wenn

- der Unternehmer die Daten im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware/ Dienstleistung von dem Kunden erhalten hat,
- der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren/ Dienstleistungen verwendet,
- der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und
- der Kunde auf sein Widerspruchsrecht hingewiesen wurde.

Diese Voraussetzungen müssen gleichzeitig erfüllt sein, damit die Werbung per Mail ohne ausdrückliche Einwilligung zulässig ist.

## **Newslettersversand**

Auch der Newslettersversand ist nur mit vorheriger Einwilligung möglich. Zur Einholung der Einwilligung hat sich die Double-Opt-In-Lösung etabliert. Interessenten können sich für einen kostenlosen Newsletter anmelden. Das Unternehmen sendet daraufhin dem Interessenten eine Bestätigungsmail mit der Aufforderung, einen Link anzuklicken. Mit Nutzung des Links aktiviert der Interessent sein Abonnement für den Newsletter. Erst ab diesem Zeitpunkt darf das Unternehmen werben. Die an die Mailadresse versandte Bestätigungsmail muss frei von Werbung sein. Selbst Logos des Unternehmens haben in der Bestätigungsmail nichts zu suchen. Liegt zwischen der Einwilligung und der Versendung des Newsletter-E-Mails ein Zeitraum von mehr als 1,5 Jahren, hat die Einwilligung ihre Aktualität verloren und gilt als nicht mehr erteilt.

Der Newsletter muss zudem die Information darüber enthalten, wer die übermittelnde Stelle ist und wie er wieder abbestellt werden kann.

## **Telefonwerbung**

Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern ist nur mit deren vorheriger ausdrücklicher Einwilligung und gegenüber Gewerbetreibenden nur mit deren zumindest mutmaßlicher Einwilligung zulässig.

Schon ein Anruf, bei dem die Einwilligung eingeholt oder lediglich ein Termin für ein Verkaufs-Gespräch anstrebt werden soll, ist unzulässig. Eine vorherige briefliche Ankündigung des Anrufs ändert ebenfalls nichts an der Wettbewerbswidrigkeit des unerbetenen Anrufes.

Eine Einwilligung kann etwa durch eine Werbekarte eingeholt werden. Zulässig ist die Telefonwerbung, wenn der Angerufene im Rahmen der Geschäftsanbahnung mit einer telefonischen Betreuung einverstanden war oder die Telefonnummer für zukünftige Kontakte ausdrücklich mitteilt.

Im geschäftlichen Bereich gilt: Erlaubt sind Werbeanrufe, wenn eine ausdrückliche oder eine mutmaßliche Einwilligung des angerufenen Unternehmers vorliegt. Eine mutmaßliche Einwilligung darf angenommen werden, wenn aufgrund konkreter Umstände ein sachliches Interesse des Angerufenen an gerade dieser Art der Kontaktaufnahme besteht, etwa bei bestehenden Geschäftsbeziehungen. Maßgeblich

ist, ob der Werbende bei verständiger Würdigung der Umstände annehmen durfte, der Anzurufende erwarte einen solchen Anruf oder werde ihm jedenfalls positiv gegenüberstehen. Nicht ausreichend ist, dass ein Unternehmen auf seiner Homepage seine Telefonnummer angibt.

Mehr Informationen zu diesem Thema und wie eine Einwilligung auszusehen, erfahren Sie in unseren Infoblättern → **W08** „Telefon-, Fax-, E-Mail- und Brief-Werbung“ unter [www.saarland.ihk.de](http://www.saarland.ihk.de) unter der **Kennzahl 65** und → **R73** „Umgang mit Adress- und Kundendaten zu Werbezwecken Datenschutz- und wettbewerbsrechtliche Anforderungen“ unter der **Kennzahl 43**.

## Gewerblicher Rechtsschutz

### **Beschränkter Markenschutz geometrischer Zeichen auf Kleidungsstücken**

Die Eintragung eines grafischen Elements als Marke kann sich für den Inhaber als nur von sehr beschränktem Nutzen erweisen, wie eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) zeigt. Ein Sportbekleidungshersteller verwendet seit geraumer Zeit einen grafisch gestalteten Aufdruck auf seinen Kleidungsstücken in Form des so genannten Sierpinski-Dreiecks (benannt nach dem polnischen Mathematiker Waclaw Sierpinski). Das Unternehmen nahm einen Konkurrenten auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch, weil er Kapuzenpullover ebenfalls mit diesem Dreiecksmuster - um 180 Grad gedreht - anbot.

Das Gericht wies die Klage mit der Begründung ab, der Geschäftsverkehr fasse die Aneinanderreihung einer geometrischen Grundform, die allgemein nicht als Kennzeichen bekannt ist und die sich nach Art eines Stoffmusters über das gesamte Bekleidungsstück erstreckt, in der Regel nur als dekoratives Element und nicht als Produktkennzeichen auf.

BGH, Urteil vom 10.11.2016 - I ZR 191/15

## Onlinerecht

### **Versandhandel aufgepasst: Keine Zahlungsaufschläge mehr ab 13.01.2018**

Ab dem 13.01.2018 dürfen Online-Shop-Betreiber und auch alle Offline-Unternehmen für die Nutzung von gängigen Zahlungsmitteln wie VISA, Maestro, SEPA, grundsätzlich keine Zahlungsaufschläge mehr erheben. Geregelt ist dies im Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz - ZAG). In diesem Zuge wurde eine neue Vorschrift in das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 270 a BGB) eingefügt, dieses verbietet, Aufschläge für bestimmte Zahlungsarten vom Käufer zu verlangen. Das Gesetz selbst sieht eine Unterscheidung der B2B- und B2C-Bereiche vor. Demnach gilt das Verbot der Zahlungsaufschläge im Bereich B2C für sämtliche Zahlungsmittel. Im B2B-Bereich hingegen können Unternehmen bei kartengebundenen Zahlungsmitteln weiterhin Entgelte nehmen.

**Praxistipp:** Alle allgemeinen Informationen, die ein Online-Händler zu geben hat, zeigen wir Ihnen auf in unserem Infoblatt →R12 „Internet-Recht: Checkliste zur Erstellung einer Homepage“, das unter der **Kennzahl 44** unter [www.saarland.ihk.de](http://www.saarland.ihk.de) eingesehen werden kann.

### **Verkäuferbewertung nach Ebay Transaktion**

Eine falsche Bewertung einer Ebay Transaktion stellt eine Pflichtverletzung im Rahmen des Kaufvertrags dar und führt zu einem Löschungsanspruch des falsch Bewerteten.

Der Kläger bot auf Ebay einen Verstärker in der Originalverpackung zum Verkauf an. Der Beklagte kaufte den Artikel zum Preis von 7.500 Euro. Das Gerät wurde von dem Kläger an den Beklagten mit der Originalverpackung versandt. Der Beklagte gab auf dem Bewertungsportal über den Kauf folgende negative Bewertung ab: Keine Originalverpackung, deshalb ist jeglicher Versand mehr als ein Risiko!!!. Die Bewertung des Klägers wurde daraufhin von 100 Prozent auf 97,1 Prozent herabgesetzt. Der Kläger forderte den Beklagten mehrfach zur Zurücknahme der Bewertung auf. Der Beklagte weigerte sich, dies zu tun. Der Verstärker sei gegen seinen Willen versandt worden. Er habe dem Kläger mitgeteilt, dass er die Ware persönlich abholen oder mit einer Spedition abholen lassen werde. Dennoch sei die Ware vom Kläger versandt worden und zwar nicht im Originalkarton.

Der Kläger erhob Klage vor dem Amtsgericht München. Der zuständige Richter verurteilte den Beklagten zur Entfernung der von ihm abgegebenen negativen Bewertung auf Ebay.

Im Rahmen des zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrags trifft den Beklagten die Nebenpflicht, eine wahrheitsgemäße Bewertung im Ebay Bewertungsportal über den Kläger und die Transaktion abzugeben. Wahrheitsgemäße Bewertungen nach einer Ebay Auktion sind ein zentrales Informationsinstrument der Internetplattform Ebay, da damit anderen potentiellen Käufern Informationen über frühere Käufe und damit Kenntnisse über den Verkäufer vermittelt werden. Bewertungen stellen damit quasi eine Kundenempfehlung bzw. Warnung dar. Daraus ergibt sich ein zentrales Interesse des Verkäufers auf Ebay an einer zutreffenden Bewertung. Dies spiegelt sich auch in § 6 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Ebay wider. Danach besteht eine Pflicht zu wahrheitsgemäßen Angaben und sachlich gehaltenen Bewertungen, so das Urteil.

Die Bewertung des Beklagten - keine Originalverpackung - war unzutreffend und falsch, da es sich tatsächlich um die originale Verpackung gehandelt hat. Außerdem habe sich der Beklagte im Rahmen des E-Mail-Verkehrs mit der Versendung der Ware einverstanden erklärt, da er ausdrücklich um die Mitteilung der Sendungsnummer gebeten habe.

**Praxistipp:** Durch die Abgabe der falschen Bewertung ist dem Kläger ein Schaden und eine Beeinträchtigung seiner Rechte entstanden. Gerade das Bewertungsprofil eines Ebay Verkäufers trägt ganz wesentlich dazu bei, ob und wie viele Käufer mitbieten und wieviel damit letztlich als Kaufpreis gezahlt wird. Wird dieses Profil durch eine negative Bewertung beeinflusst, ist darin selbst schon der Schaden zu sehen. Die Bewertung eines Verkäufers ist das Aushängeschild für sein Gewerbe.

Negative Bewertungen führen jedoch dazu, dass ein Käufer vom ersten Eindruck abgeschreckt ist und einen Verkäufer mit besseren Bewertungen vorzieht.

AG München vom 23.09.2016 - 142 C 12436 /16

Quelle: Pressemitteilung AG München vom 24.05.2017

### **BGH: Testkauf im Internet**

Hat ein Testkäufer beim Kauf im Internet im Einklang mit dem objektiv verfolgten gewerblichen Geschäftszweck zunächst bestätigt, die Bestellung als Unternehmer vorzunehmen, und versucht er anschließend durch Eintragung im Online-Bestellformular, sich als Verbraucher darzustellen, handelt er unredlich. Auf ein entsprechendes Verhalten eines Testkäufers kann der Gläubiger die Verwirkung einer vereinbarten Vertragsstrafe nicht stützen. Der fragliche Testkauf begründet keine Erstbegehungsgefahr für ein rechtswidriges Verhalten des Gegners gegenüber einem Verbraucher.

BGH, Urteil vom 11.05.2017 - I ZR 60/16

Quelle: NJW-aktuell 41/2017

## **Steuern**

### **Buchhalter darf keine Umsatzsteuervoranmeldungen erstellen**

Geschäftsmäßige Hilfe in Steuersachen dürfen grundsätzlich nur Steuerberater leisten. Ausnahmsweise kann das Buchen laufender Geschäftsvorfälle, die laufende Lohnbuchhaltung und das Fertigen von Lohnsteuer-Anmeldungen durch entsprechend ausgebildete und beruflich erfahrene Personen selbständig erbracht werden, die kein Steuerberater sind. Diese Ausnahme gilt aber nach einem Urteil des Bundesfinanzhofes (BFH) vom 07.06.2017 nicht für das Erstellen von Umsatzsteuervoranmeldungen. Diese Leistung bleibt den Steuerberatern vorbehalten, auch wenn ein Buchführungsprogramm die automatische Erstellung ermöglicht. Nach Auffassung der BFH-Richter sind für die Umsatzsteueranmeldungen umfassende Kenntnisse des Umsatzsteuerrechtes erforderlich, die eine Ausnahme verbieten (Az.: II R 22/15).

### **E-Rechnung im öffentlichen Auftragswesen**

Im öffentlichen Auftragswesen des Bundes müssen ab dem 27.11.2018 elektronische Rechnungen akzeptiert werden. Das sieht die jetzt verkündete Verordnung über die elektronische Rechnungsstellung im öffentlichen Auftragswesen des Bundes vor. Die Auftragnehmer müssen danach ab dem 27.11.2020 elektronische Rechnungen ausstellen. Eine Ausnahme gibt es für Direktaufträge bis zu einem Betrag von 1.000 EUR. Die Bundesländer sind jetzt gefordert, möglichst dieselben Regelungen in ihre Gesetze aufzunehmen.

## **Kassen-Nachschau**

Mit der Kassen-Nachschau kommt ab dem 01.01.2018 eine weitere unangekündigte Betriebsprüfung auf die Unternehmen zu. Neben dem Besuch des Betriebsprüfers zur Umsatzsteuer-Nachschau und seit 2015 zur Lohnsteuer-Nachschau gibt es jetzt eine weitere unangekündigte Prüfung. Im Falle der Kassen-Nachschau müssen Unternehmer dem Prüfer auf Verlangen Aufzeichnungen, Bücher sowie die für die Kassenführung erheblichen sonstigen Organisationsunterlagen vorlegen und ihm Auskunft erteilen. Dabei besteht wie bei allen Nachschauungen das Risiko, dass der Betriebsprüfer zu einer regulären Außenprüfung übergeht - das muss er aber schriftlich mitteilen.

## **Fingierte nicht abzugsfähige Betriebsausgaben setzen Gewinnermittlung voraus**

Erzielt eine Kapitalgesellschaft Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, so bleiben diese Gewinne nach § 8b Abs. 2 Satz 1 Körperschaftsteuergesetz (KStG) bei der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens der Kapitalgesellschaft außer Ansatz - sie sind steuerfrei.

5 Prozent nicht abzugsfähige Betriebsausgaben: Allerdings sind 5 Prozent des Veräußerungsgewinns fiktiv als nicht abzugsfähige Betriebsausgabe anzusetzen (§ 8b Abs. 3 Satz 1 KStG). Um diese gesetzliche Fiktion handelte es sich in der Streitfrage, die der Bundesfinanzhof (BFH) mit Entscheidung vom 31.05.2017 (Az.: I R 37/15) löste. Konkret ging es um eine ausländische Kapitalgesellschaft, die im Inland weder eine Betriebsstätte unterhielt noch einen ständigen Vertreter hatte. Diese Gesellschaft war an einer inländischen Aktiengesellschaft zu knapp 11 Prozent beteiligt und veräußerte diese Beteiligung im Jahre 2006 wobei sie einen Veräußerungsgewinn von 290.506,58 Euro erzielte. Das Finanzamt versteuerte daraufhin 5 Prozent, also 14.535,33 Euro.

Hiergegen wandte sich die ausländische Gesellschaft. Das Finanzgericht gab dem Finanzamt Recht und verwies auf eine wirtschaftliche Betrachtung bzgl. des § 8b KStG, wonach letztlich nach der gesetzgeberischen Intention nur 95 Prozent des Veräußerungsgewinns steuerfrei sein sollten.

Der BFH folgte dieser Rechtsauffassung nicht und hob den Körperschaftsteuerbescheid auf. Richtig sei, so der BFH, dass die Klägerin mit der Veräußerung der inländischen Anteile einen Veräußerungsgewinn nach § 17 EStG, da mit mindestens 1 Prozent beteiligt, erzielte, welcher nach § 8 Abs. 1. KStG Doppelbuchstabe aa EStG inländische Einkünfte im Sinne einer beschränkten Steuerpflicht nach sich zieht. Auch sei die Steuerbefreiung des § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG auf beschränkt Steuerpflichtige anzuwenden.

Der BFH widerspricht dem Finanzgericht jedoch in der Anwendung des pauschalen Anteils nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben nach § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG und löst damit zugleich eine Streitfrage in der steuerrechtlichen Literatur. Denn es würde durch diese Norm lediglich betrieblicher Aufwand fingiert. Nicht fingiert würde hingegen der Besteuerungszugriff an sich. Ein solcher läge nicht vor, so der BFH.

Die Klägerin erzielt zwar inländische Einkünfte, welche jedoch nicht einer Gewinnermittlung unterliegen, sondern nur punktuell durch die Regelungen des § 17 EStG - Veräußerungspreis abzgl. Anschaffungskosten und abzgl. Veräußerungskosten - ermittelt werden. Die veräußerte Beteiligung war eben nicht einer inländi-

schen Betriebsstätte oder zumindest einem inländischen Vertreter zugeordnet. Damit wies der BFH auch die vom Finanzgericht angestellte wirtschaftliche Betrachtungsweise zurück. Der Gesetzgeber habe bewusst die Fiktion der nicht abzugsfähigen Betriebsausgabe gewählt, nicht die 95 prozentige Freistellung. Eine solche Sichtweise gibt der Wortlaut der Norm nicht her.

**Fazit:** Der BFH nimmt den Wortlaut des Gesetzes ernst. Wo kein Betrieb ist, da gibt es auch keine Betriebsausgabe.

## Wirtschaftsrecht

### **BGH: Immobilienmakler müssen Kenndaten aus Energieausweis in Anzeigen angeben**

Der Bundesgerichtshof hat in mehreren Entscheidungen vom 5. Oktober klargestellt, dass Immobilienmakler in kommerziellen Inseraten Kenndaten aus Energieausweisen nennen müssen. Diese Pflicht ergibt sich laut BGH aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), lässt sich jedoch nicht direkt aus der Energieeinsparverordnung (§16a EnEV) ableiten.

Kern der gerichtlichen Auseinandersetzungen in den vergangenen Jahren war die Frage, ob Immobilienmakler in kommerziellen Anzeigen wesentliche Angaben aus dem Energieausweis beibringen müssen.

Der BGH entschied jetzt, dass unter dem Gesichtspunkt irreführender Werbung (§ 5a Abs. 2 und Abs. 4 UWG) Makler Angaben zu den wesentlichen Daten aus Energieausweisen in ihren Anzeigen **nicht** vorenthalten dürfen. Der Klägerin (Deutsche Umwelthilfe) steht allerdings kein Unterlassungsanspruch nach § 3a UWG wegen des Verstoßes gegen die Pflicht zu Energieangaben in Immobilienanzeigen zu. Der Immobilienmakler ist nicht Adressat dieser Informationspflicht in § 16a EnEV.

Bei den Pflichtangaben für Immobilienanzeigen handelt es sich um Angaben zur Art des Energieausweises, zum wesentlichen Energieträger für die Heizung, zum Baujahr des Gebäudes, zur Energieeffizienzklasse und zum Wert des Endenergiebedarfs oder Endenergieverbrauchs.

Die Begründungen für die Urteile mit den Aktenzeichen I ZR 229/16, I ZR 232/16, I ZR 4/17 sind noch nicht vom BGH veröffentlicht worden.

Quelle: WM vom 06.10.2017

**Praxistipp:** Nähere Informationen zur Energieeinsparverordnung enthält unser Infoblatt → **W03** „Novellierte Energieeinsparverordnung - EnEV“, das unter der **Kennzahl 65** unter [www.saarland.ihk.de](http://www.saarland.ihk.de) einsehbar ist.

## **WLAN-Haftung neu geregelt**

Mit Wirkung zum 13.10.2017 ist das neue Telemediengesetz (TMG) in Kraft getreten. Die Gesetzesänderung stellt sicher, dass Unternehmen ihren Kunden ohne weitere Voraussetzungen ein öffentlich zugängliches WLAN-Netz zur Verfügung stellen dürfen. Sie brauchen keine Schadensersatzansprüche zu fürchten, wenn sie eine Rechtsverletzung durch Kunden nicht veranlasst und keinen Einfluss auf Adressat oder die übermittelten Informationen genommen haben.

Der neue § 8 Abs. 4 TMG regelt, dass eine Behörde Anbieter von öffentlichen WLAN-Netzen nicht verpflichten kann, Nutzer zu registrieren oder von ihnen die Eingabe eines Passworts zu verlangen, bevor diese auf das WLAN zugreifen. Freiwillig dürfen die Unternehmen nach wie vor ihre Kunden und WLAN-Nutzer identifizieren, eine Passwordeingabe verlangen oder andere freiwillige Maßnahmen ergreifen.

Außerdem stellt die Gesetzesänderung klar, dass die Unternehmen mit öffentlich zugänglichem WLAN nicht auf Schadensersatz oder Unterlassung oder Beseitigung einer Rechtsverletzung in Anspruch genommen werden können, wenn die Rechtsverletzung nicht durch sie veranlasst wurde. Das bedeutet, der WLAN-Anbieter darf die Übermittlung nicht veranlasst haben, den Adressaten der übermittelten Informationen nicht ausgewählt und die übermittelten Informationen nicht ausgewählt oder verändert haben. In diesen Fällen brauchen sie auch Kosten eventueller Abmahnungen nicht zu erstatten.

## Veranstaltungen

### **„Krankheit und Krankheitsbedingte Kündigung“**

**Montag, 22.01.2018, 18.00 - 20.00 Uhr**, Raum 1, Saalgebäude, IHK Saarland, Franz-Josef-Röder-Str. 9, 66119 Saarbrücken.

Ein erkrankter Mitarbeiter kann nach dem deutschen Arbeitsrecht gekündigt werden. Die Krankheit des Arbeitnehmers kann unter bestimmten Voraussetzungen sogar Anlass für den Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung sein. Arbeitgeber sind gut beraten, wenn sie wissen, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, bevor sie sich von einem erkrankten Mitarbeiter trennen müssen.

Herr Rechtsanwalt Eric Schulien, Rechtsanwaltskanzlei Eric Schulien GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft, Saarbrücken, wird in seinem Vortrag aufzeigen, welche Fallkonstellationen es bei der Kündigung wegen Krankheit gibt, wie ein betriebliches Eingliederungsmanagement (bEm) bei einer krankheitsbedingten Kündigung durchzuführen ist und welche Schritte zu beachten sind, wenn eine krankheitsbedingte Kündigung in die Wege geleitet werden muss.

Referent: Rechtsanwalt Eric Schulien, Rechtsanwaltskanzlei Eric Schulien GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft, Saarbrücken,

Anmeldungen bis **19.01.2018** unter E-Mail: [rosemarie.kurtz@saarland.ihk.de](mailto:rosemarie.kurtz@saarland.ihk.de)

### **„Das neue Bauvertragsrecht“**

**Mittwoch, 31.01.2018, 16.00 - 18.00 Uhr**, Raum 1, Saalgebäude, IHK Saarland, Franz-Josef-Röder-Str. 9, 66119 Saarbrücken.

Referent: Dr. Marcus Hirschfelder, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Gessner Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, Saarbrücken

Anmeldungen bis **30.01.2018** unter E-Mail: [rosemarie.kurtz@saarland.ihk.de](mailto:rosemarie.kurtz@saarland.ihk.de)

**Verantwortlich und Redaktion:**

Ass. iur. Heike Cloß, Tel.: (0681) 9520-600, Fax: (0681) 9520-690,  
E-Mail: [heike.closs@saarland.ihk.de](mailto:heike.closs@saarland.ihk.de)  
IHK Saarland, Franz-Josef-Röder-Str. 9, 66119 Saarbrücken

**Ihre Ansprechpartner:****Ass. iur. Heike Cloß**

Tel.: (0681) 9520-600

Fax: (0681) 9520-690

E-Mail: [heike.closs@saarland.ihk.de](mailto:heike.closs@saarland.ihk.de)**Arbeitsrecht, Datenschutz, Gewerblicher  
Rechtsschutz, Onlinerecht, Wirtschafts-  
recht****Ass. iur. Kim Pleines**

Tel.: (0681) 9520-640

Fax: (0681) 9520-690

E-Mail: [kim.pleines@saarland.ihk.de](mailto:kim.pleines@saarland.ihk.de)**Arbeitsrecht, Datenschutz, Gewerblicher  
Rechtsschutz, Onlinerecht, Wirtschafts-  
recht****Ass. iur. Georg Karl**

Tel.: (0681) 9520-610

Fax: (0681) 9520-689

E-Mail: [georg.karl@saarland.ihk.de](mailto:georg.karl@saarland.ihk.de)**Gesellschaftsrecht****Ass. iur. Thomas Teschner**

Tel.: (0681) 9520-200

Fax: (0681) 9520-690

E-Mail: [thomas.teschner@saarland.ihk.de](mailto:thomas.teschner@saarland.ihk.de)**Wettbewerbsrecht****Jochen Engels**

Tel.: (0681) 9520-510

Fax: (0681) 9520-588

E-Mail: [jochen.engels@saarland.ihk.de](mailto:jochen.engels@saarland.ihk.de)**Steuerrecht**

*Die in dem Newsletter Recht enthaltenen Angaben sind mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt worden. Dennoch kann für Vollständigkeit, Richtigkeit sowie für zwischenzeitliche Änderungen keine Gewähr übernommen werden.*

**Impressum:**

IHK Saarland, vertreten durch Präsident Dr. jur. Hanno Dornseifer und Hauptgeschäftsführer Dipl.-Volkswirt Dr. Heino Klingen, Franz-Josef-Röder-Str. 9, 66119 Saarbrücken, E-Mail [info@saarland.ihk.de](mailto:info@saarland.ihk.de), Tel. + 49 (0) 6 81/95 20-0, Fax + 49 (0) 6 81/95 20-8 88, UST.- Ident.- Nummer: DE 138117020